



Liquidation judiciaire: représentation de la société poursuivie pénalement

Eva Mouial-Bassilana

► To cite this version:

Eva Mouial-Bassilana. Liquidation judiciaire: représentation de la société poursuivie pénalement. Bulletin Joly Sociétés, 2010, pp.670. halshs-00862688

HAL Id: halshs-00862688

<https://shs.hal.science/halshs-00862688>

Submitted on 17 Sep 2013

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Liquidation judiciaire : représentation de la société poursuivie pénalement

Une cour d'appel a méconnu les articles L. 622-9 du code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 et 706-43 du code de procédure pénale en jugeant recevable les poursuites pénales exercées à l'encontre d'une société en liquidation judiciaire représentée par le liquidateur judiciaire.

Selon la Cour de cassation, en application du premier de ces textes, le liquidateur judiciaire désigné par le tribunal de commerce lors du placement en liquidation judiciaire de la personne morale, ne représente le débiteur que pour les actions à caractère patrimonial.

En vertu du second de ces textes, lorsque l'action publique est exercée à l'encontre de la personne morale en liquidation judiciaire, il doit lui être désigné aussi un mandataire de justice pour la représenter.

Cass. Crim. 10 févr. 2010, n° 08-87357

Note par Eva MOUIAL BASSILANA, Maître de conférences à la Faculté de droit, Université de Nice Sophia-Antipolis, CREDECO (GREDEG, CNRS UMR 6227)

Comment exercer l'action publique envers une société en liquidation judiciaire dont les dirigeants n'ont plus qualité pour la représenter selon le droit positif antérieur à la loi de 2005 ? La décision rendue par la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 10 février 2010 revient sur le problème débattu de longue date de l'absence de représentation de la personne morale en liquidation judiciaire qui est dissoute conformément à l'article 1844-7-7° du Code civil. Les faits présentent cependant une originalité, en ce qu'il ne s'agit pas, comme c'est le plus souvent le cas, de l'accès au tribunal pour la personne morale (notamment par l'exercice d'une voie de recours) mais de la possibilité de faire l'objet d'une action devant le tribunal répressif.

En l'espèce, le président d'une société ainsi que le pilote et le copilote, salariés de la même société, étaient décédés lors d'un accident survenu au cours d'un vol à bord d'un avion appartenant à la société. Un an plus tard, la société avait été mise en liquidation judiciaire et, à l'issue de l'information, représentée par le liquidateur judiciaire désigné par le tribunal de commerce, elle avait été renvoyée devant le tribunal correctionnel des chefs d'homicides involontaires. Les premiers juges avaient estimé la prévention établie. La cour d'appel de Bordeaux saisie de l'affaire avait déclaré la société coupable d'homicide involontaire et l'avait condamné à payer une amende et diverses indemnités aux parties civiles. Il avait été retenu que le liquidateur judiciaire avait qualité pour représenter la personne morale.

La question était ainsi posée aux magistrats de la Chambre criminelle de savoir si le liquidateur judiciaire d'une société a qualité pour la représenter lorsqu'elle est mise en cause dans le cadre d'une action publique.

La Cour de cassation censure les magistrats bordelais sans surprise, affirmant d'une part que le liquidateur judiciaire désigné par le tribunal de commerce ne représente le débiteur que pour les actions à caractère patrimonial ; d'autre part, que lorsque l'action publique est exercée à l'encontre de la personne morale en liquidation judiciaire, il doit lui être désigné aussi un mandataire de justice pour la représenter.

La solution est classique et sa portée peut paraître réduite, dans la mesure où la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 a semblé résoudre le problème en maintenant les dirigeants dans

leur fonction, pendant la liquidation judiciaire, afin que les actions extrapatrimoniales puissent être exercées. Néanmoins, tout n'est pas réglé et la présente décision, publiée au *Bulletin*, soulève plusieurs interrogations. D'ordinaire, il s'agit d'une personne morale en liquidation judiciaire qui se retrouve privée du droit d'exercer une voie de recours ou d'agir en justice de manière générale, situant le débat sur le terrain des droits de la défense. Ici, c'est en quelque sorte l'exact inverse puisqu'il s'agit d'engager la responsabilité pénale de la personne morale. L'enjeu est alors de taille, qui est d'éviter qu'une personne morale ne se soustraie trop facilement à sa responsabilité. La présente décision indique que la question n'est toujours pas tranchée de manière satisfaisante. Cela s'observe dans les deux enseignements que nous livre la Cour de cassation. D'une part, le liquidateur n'a pas qualité pour représenter la personne morale en liquidation judiciaire s'agissant des actions extrapatrimoniales (I). D'autre part, il faut en pareil cas désigner un mandataire *ad hoc* (II).

I. Le défaut de qualité du liquidateur judiciaire

Si la solution posée par la Chambre criminelle est classique dans l'illustration du pouvoir de représentation restreint du liquidateur (A), elle présente cependant l'intérêt d'intervenir à propos d'une situation inédite, celle d'une personne morale en liquidation judiciaire faisant l'objet de poursuites pénales (B).

A. Le pouvoir de représentation limité du liquidateur judiciaire

La présente affaire intervient dans un contexte connu. Une société est mise en liquidation judiciaire. Conformément au principe du dessaisissement, elle ne peut plus administrer et disposer de ses biens seule. Le liquidateur exerce dès lors les droits et actions du débiteur pendant toute la durée de la liquidation selon l'article L. 641-9 du Code de commerce (ancien art. L. 622-9). On sait que la chose se complique lorsque le débiteur est une personne morale comme en l'espèce. Le très controversé article 1844-7-7° du Code civil prévoit en effet que la liquidation judiciaire entraîne la dissolution de la société dès le jugement d'ouverture et donc sa liquidation au sens du droit des sociétés conformément à l'article 1844-8. Ce même texte dispose que la personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation. Interprétant ces deux textes de manière combinée, la jurisprudence a constamment affirmé que les dirigeants de la société n'avaient plus qualité pour la représenter¹. En l'occurrence, le problème était de savoir si le liquidateur judiciaire pouvait alors représenter la société.

La Cour de cassation confirme ce qu'elle a déjà dit à plusieurs reprises : la société dans l'exercice de ses droits propres, ne peut pas être représentée par le liquidateur judiciaire². Celui-ci n'est pas un organe social mais un organe de la procédure collective. Il a dès lors pour fonction notamment de vérifier les créances, de procéder à la réalisation de l'actif et de représenter le débiteur, personne physique ou morale, dans l'administration et la gestion de ses biens (art.L.641-9 C.Com.). Mais ce pouvoir de représentation se cantonne aux droits et actions patrimoniaux, ce que la présente solution illustre, à propos des poursuites pénales.

B. Le particularisme des poursuites pénales

¹ Cass. Com. 16 mars 1999: *Bull. Civ.* IV, n° 66; D. 2000, p. 513, note H. KENFACK. Cass. civ. 2^e 4 juil. 2002 : *Bull. civ.* II, n° 157.

² V. par ex. Civ. 1^{ère} 29 mai 2001 : *Bull. civ.* I, n° 150. Cass. Com. 9 nov. 2004: *Bull. Civ.* IV, n° 191; D. 2004, AJ, 3068, obs. A. LIENHARD.

Les faits ayant donné lieu à la décision commentée étaient ici particuliers puisqu'ils concernaient des poursuites pénales exercées contre le débiteur, alors que, le plus souvent, dans le contentieux de la représentation de la personne morale en liquidation, il s'agit plutôt de l'exercice des voies de recours par la personne morale elle-même. Concernant une personne physique, la Cour de cassation avait déjà eu l'occasion de juger que le dessaisissement du débiteur prévu par l'article 152 de la loi de 1985 (devenu L.641-9 du Code de commerce) ne saurait faire obstacle à l'application des articles 137 et 138 (11°) du Code de procédure pénale (placement et obligation du contrôle judiciaire)³. Mais ici le problème était autre. Le débiteur étant une personne morale dissoute du fait de l'ouverture de la liquidation judiciaire, et donc sans représentant légaux, la question était de savoir qui avait qualité pour être poursuivi au nom de la société. Le souci de permettre l'exercice de l'action publique, même si le débiteur est en liquidation judiciaire, explique peut-être le raisonnement quelque peu hâtif des juges du fond qui lui vaut la censure de la Chambre criminelle.

En effet, il est ici reproché à la cour d'appel d'avoir admis que le liquidateur judiciaire avait qualité pour représenter la personne morale dans le cadre d'une action pénale dirigée contre elle. Le pourvoi intenté par la société avait sur ce point toutes les chances de prospérer, la jurisprudence antérieure ne laissant aucun doute. Certaines cours d'appel avaient déjà pu tenter de faire évoluer le droit positif, en décidant que le dirigeant devait rester en fonction pendant la liquidation judiciaire⁴. Mais affirmer que le liquidateur judiciaire avait qualité pour représenter la personne morale renvoyée dans la juridiction pénale relevait du contresens au regard de la jurisprudence stable selon laquelle le dessaisissement accompagnant la liquidation judiciaire n'est pas total et ne peut concerner ni les droits extrapatrimoniaux⁵, ni les droits strictement personnels⁶ au débiteur (tel que l'exercice des voies de recours)⁷. Assurément, les poursuites pénales font parties des actions attachées à la personne du débiteur. Il était donc nécessaire de désigner un mandataire *ad hoc*.

II. La nécessité de désigner un mandataire *ad hoc*

Au visa de l'article 706-43 du Code de procédure pénale, les Hauts magistrats posent le principe selon lequel « lorsque l'action publique est exercée à l'encontre de la personne morale en liquidation judiciaire, il doit lui être désigné aussi un mandataire de justice pour la représenter ». On regrettera la généralité des termes alors que le droit positif a évolué. Il faut en effet distinguer selon que la liquidation judiciaire a été ouverte avant ou après l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2005 (A). On déplorera de surcroît, dans un souci de cohérence des sources du droit, qu'il faille que la procédure pénale vienne au secours du droit des sociétés (B).

³ Cass. crim. 29 juin 1994 : *Bull. crim.* n° 259 ; D. 1995, somm., p. 27, obs. A. HONORAT.

⁴ CA Paris, 3^e ch., sect. B, 24 mai 2002 : *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 1154, obs. J. VALLENSAN.

⁵ Par exemple, l'action en reconnaissance d'un bail rural (Cass. civ. 3^e 7 avril 2004 : *Bull. civ.* III, n° 78 ; D. 2004, AJ, 1236, obs. A. LIENHARD)

⁶ Ainsi de la faculté d'accepter une succession ou d'y renoncer (Com. 3 mai 2006 : *Bull. civ.* IV, n° 109).

⁷ Cass. com. 21 avril 1996 : *Bull. civ.* IV, n° 102. Cass. com. 15 fév. 2000 : *Jurisdata* n° 000486 ; *Act. Proc. Coll.* 2000/7, n° 83.

A. La nécessaire distinction entre les liquidations ouvertes avant/après le 1^{er} janvier 2006

La Chambre criminelle a donné une lecture restrictive de l'article 706-43 du Code de procédure pénale, en décrivant comme automatique la désignation d'un mandataire *ad hoc* en cas d'action publique exercée envers une personne morale en liquidation judiciaire. Or, ce n'est pas exactement ce que dit le texte, aux termes duquel « en l'absence de toute personne habilitée à représenter la personne morale dans les conditions prévues au présent article, le président du tribunal de grande instance désigne, à la requête du ministère public, du juge d'instruction ou de la partie civile, un mandataire de justice pour la représenter ». Une nuance relative à l'application de dispositions antérieures à la loi de sauvegarde eût été pertinente.

Les liquidations judiciaires ouvertes avant le 1^{er} janvier 2006 sont encore régies par les dispositions applicables dans la décision commentée. Dès lors, l'ellipse était faisable, la société en liquidation judiciaire étant dissoute et sans représentant légal. Cette « décapitation »⁸ de la société dès l'ouverture de la liquidation judiciaire a d'ailleurs entraîné la condamnation récente de la France par la cour européenne des droits de l'homme, dans un arrêt *Arma c/France*, pour ses règles antérieures à la réforme du 26 juillet 2005, à propos de la représentation d'une société dissoute du fait de l'ouverture d'une liquidation judiciaire. Il était notamment question de l'impossibilité pour l'ancien dirigeant d'une personne morale d'exercer une voie de recours, le privant, ni plus, ni moins, de son droit d'accès à un tribunal⁹.

Dans le présent arrêt, la situation est pour ainsi dire inversée puisqu'il ne s'agit pas du droit d'agir de la personne morale mais de la possibilité de la poursuivre pénalement. Pareil cas de figure n'a pas été envisagé par le législateur, davantage préoccupé par les droits de la défense de la personne morale en liquidation judiciaire mais non par ceux des victimes éventuelles de cette personne morale. C'est ainsi que le débiteur peut, même dessaisi, se constituer partie civile (art. L. 641-9, al. 2).

Depuis le 1^{er} janvier 2006, la situation a changé et la solution rendue ici aurait sans nul doute été différente sous l'empire de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005. En effet, le législateur est intervenu afin de répondre aux critiques, dénonçant l'aberration de la « peine de mort » infligée aux personnes morales dès le prononcé de la liquidation judiciaire¹⁰. Il est désormais prévu que les dirigeants restent en fonction pendant la liquidation judiciaire, sauf disposition contraire dans les statuts ou décision de l'assemblée générale¹¹. En l'espèce, le problème ne se serait donc pas posé dans les mêmes termes. Par conséquent, l'attendu de la Cour de cassation doit être nuancé. A compter du 1^{er} janvier 2006, en cas d'action publique dirigée contre une société en liquidation judiciaire, ce n'est que si les dirigeants ne sont pas restés en fonction pour une raison ou une autre, qu'un mandataire *ad hoc* devra être désigné

⁸ Expression empruntée à F.-X. LUCAS, *Pour en finir avec la peine de mort infligée aux sociétés*, *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 371.

⁹ CEDH 8 mars 2007, *Arma c/France*. V. entre autres nombreux commentaires P.-M. LECORRE, La dissolution des sociétés par l'effet de la liquidation judiciaire, les recours émanant de l'ancien dirigeant social et le droit au procès équitable, *Rev. Sociétés* 2007, p. 607 et s.

¹⁰ F.-X. LUCAS, obs. précitées. V. également, entre autres, J. AUBERT, *La représentation de la personne morale dissoute dans la faillite*, *Annonces de la Seine*, 31 déc. 1998. B. DUREUIL, *La représentation des sociétés déclarées en liquidation judiciaire ou frappées d'un plan de cession totale*, in *Procédures collectives et droit des affaires*, *Morceaux choisis*, *Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 99 et s.

¹¹ L'article L. 641-9-II a ainsi été modifié par rapport à l'article L. 622-9, visé dans la présente décision.

« sur requête de tout intéressé, du liquidateur ou du ministère public »¹². Ici, l'article 704-43 du Code de procédure pénale fera double emploi avec le nouvel article L. 641-9 du Code de commerce.

En outre, la loi de sauvegarde de 2005 a également modifié l'article 1844-7-7° du Code civil, en ce sens que la dissolution ne frappera plus la société en cas de cession totale comme c'était le cas depuis la loi de 1988. En cas de poursuites pénales contre la société cédée, point d'obstacle donc, sauf à ce que les dirigeants aient quitté leurs fonctions et qu'un mandataire *ad hoc* doive être désigné.

La portée de cette décision est donc limitée et la curiosité qui était celle des spécialistes après l'arrêt *Arma c/ France* ne sera sans doute pas satisfaite, dans la mesure où les faits de l'espèce ne correspondaient pas à l'hypothèse problématique de voies de recours exercées par un ancien dirigeant. Pour autant, l'arrêt présente l'intérêt de souligner un peu plus l'incohérence du droit des sociétés sur ce point.

B. La procédure pénale au secours du droit des sociétés

Il est pour le moins étonnant que la possibilité de désigner un mandataire *ad hoc* figure dans le Code de procédure pénale alors qu'elle a fait défaut pendant longtemps dans le Code civil comme dans le Code de commerce. Dans le domaine des sociétés en liquidation judiciaire privés de représentants légaux du fait de la dissolution, c'est à la jurisprudence qu'est revenu le soin de résoudre le problème¹³. Certains tribunaux de commerce avaient même pris l'habitude, lors du prononcé d'une liquidation judiciaire, de désigner directement deux liquidateurs : un liquidateur judiciaire et un liquidateur *ad hoc*¹⁴. On peut regretter que l'occasion n'ait pas été saisie, ni en 2005, ni en 2008, de consacrer cette pratique dans la loi.

Toutefois, cette désignation du mandataire *ad hoc* ici préconisée pour l'exercice de l'action publique dissimule mal les failles du dispositif. Entre le liquidateur judiciaire, organe de la procédure collective, le liquidateur amiable, organe social, et le mandataire *ad hoc*, la confusion peut se faire. Le problème des délais est également posé qui pourrait dans certains cas empêcher l'exercice d'une action du fait de sa prescription, la désignation du mandataire n'ayant pas été faite dans les temps.

Au final, l'occasion est ici donnée de souligner la complexité malvenue de ces dispositions et de souhaiter avec d'autres¹⁵ que l'ouverture de la liquidation judiciaire ne soit tout simplement plus une cause de dissolution de la société.

¹² C.com. art. L. 641-9-II, *in fine*.

¹³ V. sur ce point H. CANTIN, *La représentation d'une société en liquidation judiciaire*, *Rev. proc. coll.* janv. 2008, étude 4.

¹⁴ A. MARTIN-SERF, *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire des entreprises – Effets à l'égard de la personne morale*, *J.-Cl. Sociétés Traité*, fasc. 41-45.

¹⁵ F.-X. LUCAS, *Pour en finir avec la peine de mort infligée aux sociétés*, *Bull. Joly Sociétés*, 2008, p. 371. H. CANTIN, art. préc.